

ARTÍCULO

UNA PROPUESTA DE REVISIÓN DE LA IDEA DE IRREGULARIDAD EN RELACIÓN CON LA SITUACIÓN DEL INMIGRANTE

David E. Pérez González
Universidad de La Laguna (Tenerife)

Fecha de recepción 01/11/2011 | De aceptación: 01/12/2011 | De publicación: 16/12/2011

RESUMEN.

Se propone una revisión del concepto de irregularidad de la situación del inmigrante en la sociedad de destino que incide en la discriminación habitual con respecto a los presupuestos inexcusables para el ejercicio de su autonomía personal. El plan de regularización de los inmigrantes se plantea en este sentido como un deber general de los miembros de la sociedad receptora de garantizar las condiciones para que el inmigrante pueda participar en condiciones de igualdad y no discriminación en la vida social.

PALABRAS CLAVE.

Libertad, seguridad jurídica, sociedad, migración, regularización.

ABSTRACT.

It is proposed a revision of the concept of regularity when talking about the situation of immigrants in the host society, which influences the habitual discrimination with regard to inexcusable budgets for the exercise of personal autonomy. The regularization plan of immigrants is raised, in this sense, as a general duty to members of the host society, in order to ensure the conditions that enable immigrants to participate in social life in conditions of equality and non-discrimination.

KEY WORDS.

Freedom, legal security, society, migration, regularization.

SUMARIO. 1-. Las limitaciones del imperativo de la libertad en relación a la situación del inmigrante.2-. La inversión del principio de seguridad jurídica del inmigrante. 3-. Las implicaciones de la idea de regularización de la situación del inmigrante.

1-. LAS LIMITACIONES DEL IMPERATIVO DE LA LIBERTAD EN RELACIÓN A LA SITUACIÓN DEL INMIGRANTE.

El valor que representa la libertad, a lo largo de la historia, siempre ha tenido una significación especial motivada por las constantes violaciones que en las diferentes etapas de su evolución ha sufrido.

Recordemos momentos históricos en los que un ser humano podía ser propiedad de otro, con la consiguiente neutralización del derecho a la libertad y donde los seres humanos eran tratados como mercancías.

Estos acontecimientos a primera vista nos suenan muy lejanos, pero nada más lejos de la realidad, puesto que hoy en día en muchos países del mundo todavía existen esclavos y se trafica con ellos como si de mercancías se tratara, se denomina la nueva esclavitud, como consecuencia de las aberraciones que se han producido a lo largo de la historia, se ha considerado un problema el cual requería una regulación rigurosa en la que se estableciera su prohibición. Así, en varios textos de carácter internacional, aparte de las constituciones de los diferentes países, se prohíbe la esclavitud y se consagra el principio a la libertad como básico para todo ser humano.

Un ejemplo de ello lo da la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 4 establece: Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre y la trata de esclavos está prohibida en todas sus formas.

También textos internacionales

posteriores a la Declaración de las Naciones Unidas se ocuparon del tema, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España en 1977, que tiene una redacción bastante similar al texto anterior, al decir en su artículo 8: Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidos en todas sus formas. Nadie estará sometido a servidumbre.

Y así, sucesivamente es posible encontrar muchos más textos, convenios y recomendaciones de la OIT, declaraciones y convenciones de diferentes organismos, en los que se establece claramente el criterio en el ámbito internacional que debe regir.

Hay que destacar al efecto la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*, redactada por mandato de Naciones Unidas, en una conferencia de

plenipotenciarios reunida al efecto, y aprobada el 7 de octubre de 1956.

Pero, a pesar de esta estructuración jurídica, hoy la esclavitud es una realidad no solamente en países subdesarrollados sino también en los desarrollados como España en supuestos específicos como puede ser el caso del tráfico ilegal de inmigrantes. Estas mafias trasladan a personas que se encuentran en situaciones de desamparo y desesperación en sus países de origen y les prometen ir a lugares donde vivirán en unas mejores condiciones. Pero lo que ocurre en realidad es que los introducen en el país ilegalmente y luego los someten a un régimen de esclavitud laboral (resaltar, en este sentido, también la enorme cantidad de mujeres con las que se trafica sexualmente). Estas conductas, no cabe duda, infringen todas las normas nacionales e internacionales que regulan esta materia.

Consagrada está la prohibición de la esclavitud en los textos normativos, aunque hoy en día acontecen situaciones en las que la libertad está absolutamente mermada. Ross da un concepto de libertad muy específico porque la une a la indiscutible característica que rige en el comportamiento humano, nos referimos a su condición como ser que forma parte y vive en sociedad.

La existencia de esta comunidad organizada puede llevar a la idea de limitación de la libertad por medio de los imperativos que impongan los cánones y criterios que rigen en esa sociedad. La libertad material, en este sentido "significa ausencia general de compulsión (incompatibilidad de deseos) y, especialmente en la esfera social, ausencia de aquellas exigencias impuestas por la sociedad que pueden entrar en colisión con

los deseos individuales"¹. Ahora bien, la vida en sociedad lleva aparejada siempre una cierta limitación de la libertad individual, al tener que adaptarse a los cánones y reglas implantados en la sociedad a la que se pertenece, acomodando los miembros de la misma sus comportamientos a determinados estereotipos establecidos.

Esta vida en sociedad, necesariamente requiere una regulación jurídica, mediante la cual, y teniendo como base todos estos valores: dignidad, igualdad, solidaridad, etc., se establezcan las conductas que son acordes con sus criterios y marque las pautas a seguir dentro de las cuales los miembros que forman parte de esa sociedad se muevan con libertad.

La libertad, entendida como *la ausencia total de condicionamientos*² y como

¹ Ross, A., *¿Por qué democracia?*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 107.

² Prieto Sanchís, L., "Autonomía y Derecho", en *Justicia, Solidaridad, Paz. Estudios Homenaje al Profesor José M^a Rojo Sanz*, Vol. I, Quiles, Valencia, 1995, p. 392.

valor intrínseco al ser humano, es esencial. De ahí que se diga que, cuando el ser humano tiene limitada la libertad, tiene mermado uno de los pilares básicos en su formación como persona.

Efectivamente, el hombre es un ser evolutivo, es el ser más evolutivo que hay, y por esa condición es por lo que a lo largo de la historia ha ido rebasando metas en su afán por conseguir la perfección, aunque todavía no podemos confirmar que haya alcanzado por completo su fin. Pero eso sí, con la capacidad de racionalidad de la que disfruta, cada vez logra cotas más altas en su desarrollo como persona, ejerciendo, de esta forma, lo que se conoce como el libre desarrollo de la personalidad y, por lo tanto, decidiendo autónomamente las decisiones que conciernan en sus planes de vida.

Por el contrario al caso opuesto anteriormente nos podemos encontrar con individuos en los que todas sus actuaciones

no se producen de manera autónoma y plenamente libre, sino en conjugación con la intervención de un agente externo. Agente que justifica su intervención en aras de conseguir el beneficio propio de ese individuo intervenido. Esto es lo que se conoce comúnmente como actuación paternalista, que tiene su fiel reflejo en la figura del paternalismo legal³, entendiéndolo aquí materializado por toda la normativa que es de aplicación al inmigrante.

En su configuración ideal parece difícil concebir al hombre como un ser limitado en su libertad, de ahí que cuando se encuentra en situaciones de merma de su libertad no tenga en plenitud todas sus facultades inherentes a la dignidad humana para construir él mismo su propia vida hasta llegar

³ Véase Pérez González, D., "El libre desarrollo de la personalidad en los flujos migratorios", *Revista VERTOR PLUS*, Fundación Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2002. También, Miraut Martín, L., "El paternalismo legal", *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 6, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2001.

a la perfección⁴.

Sobre la base de las anteriores afirmaciones, y teniendo en cuenta las prerrogativas apuntadas para que el dogma de libertad se ejerza con plenitud, podemos plantear la situación de un individuo (inmigrante) que decide trasladarse a un lugar diferente al de su nacimiento como medio operativo para el libre desarrollo de su personalidad, porque ha sido una decisión plenamente libre por la que él ha optado. Este individuo tiene que incorporarse a la nueva sociedad y también a una nueva cultura, la cual, tiene ya establecidos unos criterios y pautas de conducta que rigen las actuaciones de los miembros que en ella se integran, de tal forma que la incorporación de ese nuevo miembro al grupo, ya organizado, no se hace de manera inmediata, sino

mediante la capacidad de adaptación y racionalidad que posee como ser evolutivo que es. Pero los problemas surgen cuando esos individuos que entran en la organización no se integran con los demás miembros, motivando enfrentamientos y problemas de adaptación, llevando esta situación a que sean rechazados por esa sociedad, hecho que ocurre con los flujos migratorios que no se integran en las sociedades de acogida creando, de esta forma, guetos marginales al grupo social general. En este sentido, el problema radicaría en hacer posible la libertad en un entorno social que es muchas veces visto como ajeno y hostil, asumiendo la interrelación que media en cualquier caso entre las notas de la libertad y sociabilidad que caracterizan al ser humano⁵.

⁴ Véase al respecto el trabajo elaborado sobre el alcance y contenido de la libertad, Pérez González, D., "Dimensiones de la libertad", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas* n° 8/9, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2004.

En cualquier caso, en relación a la

⁵ Vergés Ramírez, S., *Derechos Humanos: Fundamentación*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 146 y ss

libertad de elección del hombre en las decisiones que le son propias, hay que valorar que para que un individuo pueda decidir libremente lo que quiere, es requisito *sine qua non* tener un mínimo de dignidad; es decir, el hombre puede estar en una determinada sociedad en la titularidad nominal de su dignidad como ser humano, pero sólo es posible disfrutar de ese mínimo en libertad. De tal forma que dignidad y libertad se integran en una misma condición necesaria y recíproca para que este sujeto que pretende su integración en la sociedad la logre.

Esta meta está vetada a los individuos que desde el momento en que se introducen en la sociedad ya tienen limitada la libertad, son los inmigrantes que están en situación irregular y trabajan para unos empresarios explotadores, llegando, incluso, y en ocasiones, como ya se ha apuntado al

régimen de la esclavitud. Lo que implica que no podrán tener capacidad de integración, primero porque no están en libertad, lo que consecuentemente conlleva en segundo lugar a que no tengan ese mínimo de dignidad que debe tener todo ser humano, llegando como última consecuencia a que la pretendida incorporación de ese individuo a la sociedad sea utopía porque desde el principio ya tiene vedado el camino⁶.

El carácter esencial de la libertad está motivado por su condición de fundamento de los derechos humanos, a la cual, siempre

⁶ Spaemann, R., "Sobre el Concepto de dignidad Humana", *Persona y Derecho*, Pamplona, 1988, p. 24. En relación a esto Robert Spaemann se cuestiona "¿Pero por qué no puede perderse ese mínimo de dignidad que llamamos dignidad humana? No se puede perder porque tampoco puede perderse la libertad en tanto que moralidad posible. Al hombre se le puede y se le debe exigir, mientras vive, adhesión al bien. Pero esta adhesión solamente puede tener lugar en libertad. Son actos fundamentales de respeto a la dignidad humana no sólo la exigencia de adhesión, sino también la concesión de ese marco de libertad en el que tal adhesión es posible. De lo dicho parece resultar que la dignidad humana sólo corresponde a aquellos seres que poseen de hecho aquella propiedad por la cual nos reconocemos unos a otros la racionalidad y la capacidad de autodeterminación moral".

acudiremos cada vez que surja cualquier problema en el pleno ejercicio de los mismos, siendo así que como dice Peces-Barba "la libertad es el referente central, clave de bóveda del fundamento de los derechos humanos, al que apoyan, completan y matizan los otros valores, igualdad, seguridad jurídica y solidaridad"⁷.

Siempre que hablamos de cualquiera de los valores que aquí referimos redundamos en su estrecha conexión de unos con los otros. Pues la libertad no iba a ser menos, como refleja Peces-Barba en su trabajo sobre los Derechos Fundamentales al expresar: "el núcleo de la fundamentación de los derechos es la idea de la libertad que, como hemos visto, facilita el desarrollo de la libertad de elección y permite alcanzar, en la vida social, la autonomía o libertad moral"⁸.

⁷ Peces Barba, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 226.

⁸ Peces Barba, G., *op cit.*, p. 246.

En su concepción de los derechos humanos como derechos progresivos, ha refrendado también esta idea Ignacio Ara Pinilla cuando señala que "el único valor fundamentador de los mismos es la libertad (libertad para decidir cuáles son los derechos humanos) la cual se va haciendo más auténtica con la progresiva superación de los condicionamientos de índole desigualatoria alcanza (alcanzaría) su plenitud con eliminación de los que subsisten por la falta de realización del deber general de promoción de las condiciones adecuadas para que la libertad se realice"⁹.

Sobre esta línea, también, Gregorio Peces-Barba proporciona unas características que debe tener la libertad¹⁰ y

⁹ Ara Pinilla, I., "Hacia una definición explicativa de los derechos humanos", *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, núm. 1, Febrero-October, 1993, p. 108.

¹⁰ Peces Barba, G., *op cit.*, p. 227, matiza que "son rasgos de la libertad, su generalidad y su universalidad y, por consiguiente, sus titulares son todos los hombres y no sólo los de determinados ámbitos culturales (como la cultura Europa atlántica donde nacieron históricamente), sino de cualquier cultura y en cualquier parte del mundo".

una particular visión de la libertad como no interferencia¹¹.

2-. LA INVERSIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA DEL INMIGRANTE

La seguridad jurídica también está en relación con el valor expuesto con anterioridad, creando unos elementos básicos para que la libertad opere libremente, legitimando a los individuos en sus actuaciones con respecto a los poderes públicos.

Al establecer el principio de seguridad jurídica se entiende que los individuos conocen de antemano las consecuencias y

¹¹ Peces Barba, G., *op cit.*, p. 227. Dice: "es libertad como no interferencia o protectora, cuando pretende que el hombre pueda actuar y decidir libremente el propio comportamiento (...) La libertad como no interferencia fundamenta los derechos individuales y civiles como el derecho a la vida, pensamiento, conciencia, expresión, garantías procesales, reunión, manifestación, inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones".

los efectos que van a derivarse de sus actuaciones, lo que implica que tienen posibilidad de conocer de antemano toda la regulación jurídica¹², todo lo cual plantea una problemática especial en relación con el fenómeno de la inmigración. Véase que los inmigrantes que vienen a España, por lo general, no conocen la normativa sobre extranjería que se les aplicará, muchas veces por simple desconocimiento y otras porque al ser introducidos en el país por las mafias ilegales son engañados sobre la misma. Con lo que, sobre la base de estos supuestos podría pensarse que con este sector de la población no rige el principio de seguridad jurídica, afirmación del todo

¹² Sobre la seguridad jurídica, véase Pérez Luño, A., *La seguridad jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1991; Peces Barba, G., "La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho", *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense*, 1990, pp. 215-229, y "Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la constitución española", en *Funciones y Fines del Derecho. Estudios en honor del profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Murcia, 1990, pp. 247-272; Arcos Ramírez, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2000; Miraut Martín, L., "Seguridad jurídica y niveles de predicción en el derecho", en *Libro homenaje al profesor Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 2002.

errónea, pues es una idea que choca con el principio general de presunción del conocimiento del derecho que plantea la regla que expresa que la ignorancia de las leyes no exime de su conocimiento.

En este mismo sentido, desde luego, no ofrece duda alguna la necesaria conexión existente entre libertad y seguridad, considerando que "la seguridad es un valor procedimental que pretende crear las condiciones mínimas para la existencia de la libertad moral a través de una libertad de elección, garantizada frente al temor y a la violencia de los demás"¹³.

¹³ Peces Barba, G., *op cit.*, p. 246. "En este sentido, contribuye y colabora a fortalecer a la libertad social, fundamento directo de los derechos humanos, con procedimientos y reglas formales que apoyan la posibilidad de que todos, sin desconfianza en el otro ni en el poder, puedan crear un clima social proclive a esa libertad, y legítima pretensiones del individuo en forma de derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades".

Efectivamente, en referencia a la seguridad jurídica¹⁴, ésta actúa como sustento para el buen funcionamiento de una organización pública estatal y, también, como base para el reconocimiento de unos derechos a unos ciudadanos que reclaman legítimamente un abanico de posibilidades de actuación en la esfera social¹⁵.

Analizada la relación de la seguridad

¹⁴ Ross, *op cit.*, p. 131. Afirma Ross, "la libertad personal es la piedra angular de la seguridad pública; desde ese punto, la idea irradia hacia otros aspectos de la vida. Toda arbitrariedad, todo abuso, significa una amenaza a la independencia de los ciudadanos, un peligro de exceso en el uso del poder del Estado. La idea de seguridad pública incluye, por consiguiente, lo que los ingleses denominan *the rule of law*, esto es, la idea de que todo acto de administración debe realizarse de acuerdo con normas jurídicas previamente establecidas y con posibilidad de un control posterior por los tribunales".

¹⁵ Véase también, Asís Roig, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Editorial Debate, Madrid, 1992, p. 119. En la especificación terminológica del concepto se puntualiza que "dentro de la noción jurídica de la seguridad pueden destacarse dos ámbitos que tienen distinto significado. Cabe así hablar de una vertiente formal y de una vertiente material. En el primer sentido, seguridad se identifica con certeza jurídica, con predictibilidad, en definitiva con ausencia de duda. Se trata del concepto clásico de seguridad, que se constituye en uno de los fines esenciales de todo derecho. En el segundo sentido, seguridad se relaciona con el significado de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento y, por lo tanto, con los valores en los que estos se inspiran".

jurídica con la libertad¹⁶, Rafael de Asís, en su obra *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, realiza en las conclusiones, una afirmación sobre el binomio *seguridad y derechos fundamentales* en la que les adjudicaba un correlativo a cada uno de ellos, estableciendo que estos dos "(...) dentro del ámbito jurídico, parecían así identificar al poder y a los ciudadanos, o más concretamente, al poder y al sentido de la justicia. El poder tenía como única misión el establecimiento de unas relaciones pacíficas. Por el contrario, los derechos fundamentales, expresión de la idea de justicia, se situaban frente a la actuación del poder e incluso por encima de la consecución de ese fin"¹⁷.

¹⁶ Se reconoce que "la seguridad jurídica complementa y refuerza a la libertad", Peces Barba, G., *op cit.*, p. 246.

¹⁷ Asís Roig, R., *op cit.* p. 118.

La dualidad entre libertad y seguridad jurídica es un binomio ineludible que permea una inteconexión insoslayable, pues el conocimiento y las más altas capacidades intelectuales y formativas del individuo permiten campos más amplios de libertad, puesto que las *incapacidades e ignorancias* limitan la pura idiosincrasia del ser humano, que viviendo en sociedad adapta y, a su vez, incorpora reglas o principios reguladores de su convivencia. Convivencia siempre amenazada por las circunstancias tan cambiantes de los últimos tiempos, pero precisamente y por ese motivo, se cumple en puridad con una de las características más significativas y sobresalientes del ser humano, como es su adaptabilidad evolutiva a nuevos acontecimientos, con la incorporación de nuevas pautas y formas de conducta en las que se sienta seguro y evolucione.

3-. LAS IMPLICACIONES DE LA IDEA DE REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN DEL INMIGRANTE.

La condición irregular de la situación del inmigrante no radica tanto en el cumplimiento o no de determinados requisitos administrativos, que pueden ciertamente obedecer a la pretensión de establecer una mejor regulación de la vida social en las comunidades políticas contemporáneas. Radica sobre todo en la existencia de una situación en que el inmigrante se ve disminuido y discriminado en el ejercicio de los derechos que proyectan la libertad y la seguridad que se les ha de suponer como requerimiento de su condición de seres humanos. En este sentido, la regularización de su situación es una labor que compete en particular a la sociedad receptora, eliminando las barreras que impiden que el principio de igualdad y no discriminación rija en su plenitud en relación

a las cuestiones que en mayor medida afectan a la vida individual.

Los planes de regularización en relación al fenómeno inmigratorio no debieran dejar de tener en cuenta cuáles son los valores superiores que presiden el ordenamiento jurídico y que han de asumir como propios las políticas a desarrollar en relación a cualquier cuestión en la sociedad receptora. Deberían presentarse en este sentido más que como planes de regularización del inmigrante en la sociedad receptora como planes de regularización de la situación del inmigrante en relación a la disposición de las condiciones que garanticen la rehabilitación de su autonomía personal, y con ello su mejor integración en el grupo social en el que de hecho está desarrollando su existencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Ara Pinilla, I., “Hacia una definición explicativa de los derechos humanos”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, núm. 1, Febrero-October, 1993.
- Arcos Ramírez, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2000.
- Asís Roig, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Editorial Debate, Madrid, 1992.
- Miraut Martín, L., “El paternalismo legal”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 6, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2001.
- Miraut Martín, L., “Seguridad jurídica y niveles de predicción en el derecho”, en *Libro homenaje al profesor Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 2002.
- Peces Barba, G., “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la constitución española”, en *Funciones y Fines del Derecho. Estudios en honor del profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Murcia, 1990.
- Peces Barba, G., “La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho”, *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense*, 1990.
- Peces Barba, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- Pérez González, D., “El libre desarrollo de la personalidad en los flujos migratorios”, *Revista VERTOR PLUS*, Fundación Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2002.
- Pérez González, D., “Dimensiones de la libertad”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas nº 8/9*, Universidad de Las Palmas

de Gran Canaria, 2004.

Pérez Luño, A., *La seguridad jurídica*,
Editorial Ariel, Barcelona, 1991.

Prieto Sanchís, L., “Autonomía y Derecho”,
en *Justicia, Solidaridad, Paz. Estudios
Homenaje al Profesor José M^a Rojo Sanz*,
Vol. I, Quiles, Valencia, 1995.

Ross, A., *¿Por qué democracia?*, Centro de
Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

Spaemann, R., “Sobre el Concepto de
dignidad Humana”, *Persona y Derecho*,
Pamplona, 1988.

Vergés Ramírez, S., *Derechos Humanos:*

Fundamentación, Editorial Tecnos, Madrid,
1997.